

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 14.12.2001
30/10/2001 EMENTÁRIO Nº 2 0 5 3 - 6

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 80.949-9 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
PACIENTE: FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS
IMPETRANTES: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO
COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita.

1. Admissibilidade, em tese, do **habeas corpus** para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal.

II. **Provas ilícitas**: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais.

2. Da explícita proscrição da **prova ilícita, sem distinções quanto ao crime** objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da **verdade real** no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao **princípio da proporcionalidade** - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.

III. **Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais.**

3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita **"conversa informal"**, modalidade de **"interrogatório"** subreptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu **direito ao silêncio**.

4. O privilégio contra a auto-incriminação - **nemo tenetur se detegere** -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a **falta da advertência** - e da sua **documentação formal** -



faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não.

IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores.

5. A hipótese não configura a gravação da **conversa telefônica própria** por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, **escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia**, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de **terceiro**, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.

6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado.

7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido.

8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha.

V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree).

9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.



Supremo Tribunal Federal

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir, em parte, o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de outubro de 2001.

MOREIRA ALVES - PRESIDENTE


SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

30/10/2001

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 80.949-9 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
PACIENTE: FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS
IMPETRANTES: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO
COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: No curso de investigações policiais, o titular da Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Polícia Civil do Rio de Janeiro representou ao Juízo Criminal pela prisão temporária do paciente, Francisco Agathos Trivellas e de quatro outros cidadãos.

2. Lê-se na representação da autoridade policial - f. 83:

"Iniciadas as investigações, chegaram a esta UPAJ informações dando conta de que os traficantes de diversos morros desta Cidade, principalmente do Complexo do Alemão, Jacarezinho, Mangueira, Rocinha e Cavalão, este último na Cidade de Niterói, estariam recebendo armas e munições, para melhor exercerem o domínio em suas áreas de atuação, de FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS e, além de FRANCISCO, que também é conhecido pelo vulgo de 'CHICO', as mulheres PATRÍCIA DOS SANTOS BROCAL e ANA CRISTINA DA CRUZ CAMPOS.

Dando prosseguimentos nas investigações, policiais desta UPAJ, após o recebimento de denúncia anônima via telefone, localizaram na Rua FLACK, n 73, aptº 201, no Riachuelo, ANA CRISTINA DA CRUZ CAMPOS e procedendo a uma busca no interior da residência da mesma localizaram diversos pedaços de papéis contendo manuscritos em que se lê tipos de armas, munições e valores, tudo contabilizando encomendas e tabelas de preços para o material bélico.

Ouvida em cartório, ANA CRISTINA confirmou o fornecimento de armas e munições para traficantes, tudo fazendo por ser "empregada" de FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS, realizando cobranças dos valores referentes as vendas de armas, bem como recebia encomendas de armas e munições dos traficantes repassando à 'CHICO' os pedidos e que o mesmo

se incumbia de fazer as entregas, esclarecendo, ainda, que PATRÍCIA DOS SANTOS BROCAL também é empregada de 'CHICO', exercendo as mesmas atividades de ANA CRISTINA.

Ainda, segundo ANA CRISTINA, ela teria um encontro, hoje, as 14:00 horas, na estação de Copacabana do METRÔ.

Assim sendo, policiais desta unidade, rumaram para aquele local logrando êxito em deter 'CHICO', conduzindo-o a esta Delegacia.

Ouvido em cartório, FRANCISCO AGATHOS, confirmou fazer parte de uma quadrilha internacional que tem por principal atividade o fornecimento de armas, munições e outros acessórios bélicos para os traficantes dos principais morros da Cidade, sendo certo que intermedia as importações de armas de grosso calibre realizadas por HUMBERTO FERNANDES, o qual é representante de armas em MIAMI e RIO DE JANEIRO, estando envolvido, ainda, MAURÍCIO 'PQD' que aponta como seus maiores clientes as favelas da Rocinha na pessoa do traficante "LOBÃO", Jacarezinho, na pessoa de "MARCIO GIGANTE", Cavalão em Niterói, na pessoa de "VALTINHO", sendo cobrado, por um fuzil a importância de R\$ 4.000,00 a R\$ 5.000,00 e por cada pistola, cerca de R\$ 2.000,00 e, por cada venda realizada por 'PQD', "CHICO" recebe de comissão cerca de 10% do valor total.

Que em conversa informal na sede desta DRE, gravada em fita K-7, "CHICO" (...).

Isto posto, R E P R E S E N T O pela decretação das prisões temporárias, pelo prazo de TRINTA DIAS, dos nacionais adiante elencados por ser tal medida imprescindível para as investigações do inquérito policial, sendo certo que os mesmos em liberdade, certamente irão fugir da aplicação da lei penal e dificultarão as apurações ainda por concluir-se, na forma do art. 1º, incisos I e III, letras "l" e "n", da Lei nº 7.960, de 21.12.89, alterada pela Lei nº 8.072, de 25.07.90, uma vez que os ora indiciados, com as ações por eles exercidas, contribuem para a manutenção e segurança do tráfico de entorpecentes no Estado, conforme o disposto art. 12, parágrafo 2º, inciso III da Lei nº 6.368/76:

- HUMBERTO FERNANDES, sem outros dados qualificativos até o momento;

- FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS, filho de Agathos Georges Trivelas e de Graziela Maria A. Trivelas, IFP 05242321-7, natural deste Estado;

ANA CRISTINA DA CRUZ CAMPOS, filha de Silvério Gonçalves da Cruz e de Geralda

Souza da Cruz, IFP 08386388-6, natural deste Estado;

*- PATRÍCIA DOS SANTOS BROCAL, sem outros dados qualificativos até o momento, e
- MAURÍCIO PQD, sem outros dados qualificativos até o momento."*

3. A representação foi instruída com informação endereçada ao Delegado por um Detetive (leio-a, sem a incluir no relatório escrito): (...)

4. Com parecer favorável da Promotora de Justiça, no mesmo dia da representação - 25.02.99 - o Juiz da 25ª Vara Criminal decretou as prisões temporárias requeridas.

5. Novo relatório policial considera desnecessária a continuidade da prisão de Patrícia (f. 116) - já inquirida em 02.03.99 (f. 109) - a qual, em consequência, foi revogada pelo Juízo (f. 122).

6. Junta-se laudo de transcrição da comunicação telefônica gravada entre o paciente e Humberto Fernandes (f. 133), assim como da gravação da conversa do primeiro, que é o paciente, com policiais (f. 135) - já antes relatadas pelo Delegado (f. 83) - sobre as quais prestou declaração um dos policiais a ambas presente (leio, sem incluir no relatório escrito).

7. Em 09.03.99, o Juiz deferiu também o relaxamento da prisão temporária do paciente, revogando o decreto contra os demais (f. 186v).

8. Em 17.03.99, os impetrantes requereram **habeas corpus** em favor do paciente ao Juiz de Direito, para que, depois de liminarmente desentranhados, se declarassem "imprestáveis todas as provas obtidas ilegalmente, a saber, gravação telefônica, gravação ambiental, sem que fosse cumprido o art. 5º, LXIII, da Constituição



Supremo Tribunal Federal

Federal, assim como ilegais e imprestáveis, por derivação, as apreensões, os depoimentos de policiais que tenham conteúdo decorrente da prova ilícita, ou qualquer peça a que ela se refira, que a transcreva ou que seja decorrente dela" (2/f. 263, 280).

9. O Juiz Estadual indeferira liminarmente o pedido - porque o **habeas corpus** "Não se presta a obter declaração de ilicitude de prova colhida em inquérito policial" (f. 199). E rejeitou embargos de declaração dos impetrantes (f. 198).

10. Dias após, contudo, considerando ter declinado da competência, nos autos de inquérito, para a Justiça Federal, declinou igualmente da competência para o processo de **habeas corpus** (f. 199).

11. Na 7ª Vara Federal Criminal, a pedido do Ministério Público, indagou-se por ofício ao Delegado - f. 220:

"1. Se o indiciado FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS autorizou a gravação da "conversa informal" referida às fls. 22 (cópia em anexo) do inquérito em epígrafe.

2. Como foi obtida a fita Nipponic cujo conteúdo guarda conversa telefônica, indicada na perícia técnica de fls. 71."

12. Em resposta (f. 224), a autoridade policial informou:

"... que as gravações objeto das fitas mencionadas na peça técnica de fls. 71, foram realizadas nesta Especializada, com autorização e conhecimento de FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS.

Com referência ao item 2 do vosso ofício, solicitamos o auxílio técnico do recurso especial da PCERJ, realizando-se a gravação, com autorização e conhecimento de FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS, sendo certo que, em ambos os casos, o gravador ficou sobre a mesa, a vista do mesmo."



13. Sucessivamente, foi a ordem indeferida pelo Juiz Federal (f. 242), o TRF do Rio de Janeiro (2/f. 300) e o Superior Tribunal de Justiça (2/f. 353), este, por acórdão da lavra do il. Ministro Edson Vidigal, com esta ementa - f. 353:

"1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a gravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.

2. Para se verificar se houve a efetiva autorização ou não por parte do ora paciente, necessária seria a realização de dilação probatória, o que não se admite nesta via constitucional."

14. Em substituição ao recurso ordinário, insistem os requerentes com esta impetração ao Supremo Tribunal.

15. Depois de considerações doutrinárias e invocações jurisprudenciais acerca das garantias constitucionais invocadas (CF, art. 5º, X, XII e LXIII), os impetrantes tomam como alvo de críticas o parecer da Procuradoria da República perante o Juízo de primeiro grau - substancialmente acolhido pelas três instâncias - para aduzir - f. 06:

"... o Ministério Público Federal, a fim de tentar fazer valer a prova ilícita, para que se mantenha a "velha lei para inglês ver", o "velho amalgamado do liberalismo ao favor", tentou inventar uma forma de ludibriar a norma.

O que fez o Ministério Público?

Quando da oportunidade de vista do **Habeas Corpus**, pediu que, antes do parecer, se oficiasse o Delegado para que informasse se houve autorização para as gravações.

Assim, o MP direcionou o que o Delegado deveria responder, perguntando àquele que teria cometido o crime tipificado no art. 10 da Lei 9.296/96, se realmente cometeu o crime de interceptação telefônica sem ordem judicial, ou se havia "autorização".



Supremo Tribunal Federal

O Delegado, naturalmente, em defesa própria, respondeu que havia "autorização" do paciente para a interceptação telefônica!

A partir de então, a tese nos autos foi que a suposta "autorização", substituiria a autorização derivada de ordem judicial.

Após as esperadas "informações" **sui generis**, manifesta-se o Ministério Público:

"Dos autos, contudo, não se tem notícia de que a interceptação telefônica impugnada pelo impetrante tenha sido autorizada judicialmente ou seguido os demais trâmites exigidos pela lei.

Entretanto, de acordo com o sustentado pela A. Policial tanto a escuta telefônica, quanto a escuta ambiental teriam sido autorizadas pelo paciente (fls. 188 autos principais).

Por outro lado, é pacífico, face o comando do art. 197 do CPP, que a confissão é elemento de prova como outro qualquer, desde que obtida com observância das formalidades legais.

No caso específico da escuta telefônica sob estudo, deve se frisar, em primeiro lugar, que não se trata de interceptação telefônica, mas de gravação clandestina, visto que, aparentemente, a mesma só teria sido autorizada por um dos partícipes da conversa.

Da mesma forma, é de se ressaltar que antes mesmo da edição da Lei n° 9.296/96, já existia jurisprudência no sentido de que gravação feita pela vítima ou no exercício de legítima defesa era válida como meio de prova, em especial quando se tratava de lide civil." (grifo nosso)

Veja, Exa., que o caso é diverso do alegado pelo MP, não se tratando as gravações realizadas em legítima defesa, mas pelos policiais/Estado.

Ocorre que o discurso vai substituindo a realidade, e causando equívoco da alienação, fazendo que se julgasse, a partir de então o discurso e não o caso.

Prossegue o parecer:

"Em segundo lugar, a gravação sob comento incriminaria não só o paciente, como

também ao Sr. Humberto Fernandes o qual, pelo que consta dos autos, ignorava a gravação.

Assim, é de se observar que ao menos em relação a este último a prova sob comento deve ser considerada ilícita, por feita à sua total revelia em flagrante quebra, não do sigilo dos meios telefônicos, mas do direito à intimidade assegurado pela Constituição (CF, Ada Pellegrini Grinover et alli. As Nulidades no Processo Penal. Malheiros Editores, 4ª edição, fls. 157/159).

Quanto ao paciente, todavia, o que se disputa é o fato de que tais gravações teriam sido feitas sem a autorização, pois se tal autorização ocorreu não há que se questionar a legalidade das provas impugnadas, ao menos em relação a este.

A prova da existência desse consentimento por sua vez, não está formalizada nos autos salvo pelo depoimento de fls. 68/69 do IPL e pelo ofício de fls. 188 destes autos.

Destarte, tem-se que tal controvérsia só poderá ser dirimida mediante a produção de prova testemunhal, observado o contraditório, devendo-se observar, ainda, que os elementos trazidos pelo inquérito policial são unicamente destinados à formação da convicção do órgão de acusação, sendo certo que o paciente, caso formalizada uma acusação penal, poderá em Juízo repelir o afirmado pelo impetrada."

Diante do parecer percebe-se que o que desejava o Ministério Público era, e é, agir em um procedimento onde tudo pode, encobrimo a realidade com a aparente realidade do discurso.

De gravação não autorizada pelo judiciário, para "autorizada pelo indiciado", pelo paciente.

De gravação feita por policiais, para incriminar o "indiciado", paciente, para gravação feita para legítima defesa, pela vítima.

Da verdade a mentira."

16. E adiante, criticando as decisões denegatórias, em particular a do STJ - f. 11:



"Os precedentes citados não tem a mínima conexão com o caso em tela!"

É preciso tomar muito cuidado para não se iludir como uma decisão que cita precedentes, assim como o discurso científico que sustenta a inverdade fundamentada. Lembrem o discurso lombrosiano que sustenta as características físicas do criminoso, e o faz com pesquisas fundamentadas etc. iludindo, fazendo crer na inverdade motivada.

Cabe, diante das decisões emanadas, em desconformidade ao caso concreto perguntar:

Quem gravou as fitas?

Resposta: Não foi o paciente. Foram Policiais.

OBS: Isto não se questiona.

As conversas não foram gravadas pelo paciente, como um dos interlocutores, em defesa, ou por terceiros que se defendia de uma investida criminosa de, forma a se chamar a princípio de proporcionalidade, da prova ilícita **pro reo**, mas pelo Estado-polícia.

Os precedentes citados como sendo do Pretório Excelso, pelo STJ, são inaplicáveis ao caso, bastando verificar:

"A jurisprudência vem entendendo ser lícita gravação obtida com a anuência de um dos interlocutores (STF, HC 75338; STJ RHC 7216, RHC 5944 e HC 4654).

Acórdão 75.338-8 - o caso era de gravação realizada pelas vítimas de seqüestro, quando da investida criminosa destes.

(...)

Não são diferentes outros precedentes citados, quanto a desassociação com o caso em tela.

O HC 7216/SP tratava-se de investida criminosa por telefone, e gravação da vítima (...).

O CASO CONCRETO

O caso em tela, repetem, é diverso.

Aqui as gravações foram realizadas pelo Estado, polícia, para incriminar, o paciente, o que, se por um lado afasta o princípio da proporcionalidade, sob pena de se deformar a norma constitucional pétrea, de outro traz ao writ, não só a garantia de intimidade (art. 5º, X, CF), do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF), mas também, o direito ao silêncio, corolário do princípio do **nemo tenetur se degenere** (art. 5º, LXIII, CF), pois

tanto a conversa telefônica gravada, quanto as digressões ambientais, foram realizadas por policiais, enquanto o paciente estava sob a "custódia" destes, "preso" ilegalmente."

17. Opinou pelo Ministério Público Federal o il. Subprocurador-Geral da República Edinaldo Borges, depois de síntese do caso - f. 362:

"A pretensão que o atual paciente deduz não é de trancamento do inquérito, por produção ilícita de prova, mas de saneamento dessa investigação, com declaração do vício daquelas provas de obtenção clandestina.

O primeiro raciocínio que sucede é o de que a afirmação do Delegado de que havia obtido autorização do paciente não coonesta a prova. Impossível pretender-se que se cuida de obrigação do réu a produção da prova negativa sobre o fato. A autorização é que deveria ser tomada por termo. A menos que se pretendesse que o investigado é que deveria tomar por termo, do Delegado, a sua não autorização.

Escoima, entretanto, dúvida, a partição do pedido. Ou a prova ilícita é fundamental e frutificou em pedúnculos procedimentais ou não deve ser declarada a sua ilicitude por escassez de repercussão persecutória. O que não se visualiza possível é a seleção de prova dentro dos autos, declaradas nulas por vício de origem, e impossibilitar a sua frutificação, com a manutenção do inquérito em andamento. Se do vício já produzido não se vislumbra contaminação não há razão plausível para a declaração de imprestabilidade, já que não ressoa a desfavor do investigado.

Ao contrário, em havendo outras provas contra as quais não se acenam máculas ou irregularidades, não se tem como negar idoneidade à investigação e de nenhum efeito é a declaração parcial pretendida.

Ao paciente sobreleva, no entanto, o direito de posterior arguição de que o evento da acusação ou o fato do julgamento se subordinaram à direção emprestada pela prova obliterada.

Ante o exposto, o alvitre é no sentido do indeferimento do pleito."



18. O parecer foi reiterado, após petição e documentos juntados pelos impetrantes.

19. É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long, sweeping tail that extends downwards and to the left.

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):

I

Preliminarmente, tenho o **habeas corpus**, como admissível, em tese, para impugnar a inserção da prova ilícita em procedimento penal e postular o seu desentranhamento.

2. Decidiu-o esta Turma, não faz muito, para ordenar - afastando preliminar acolhida no Tribunal **a quo** - o conhecimento de impetração dirigida contra decreto judicial de quebra de sigilo bancário de indiciado, que se tachava de ilegal - cf. HC 79191, 1ª T, 04.05.99, Pertence, RTJ 171/258:

"Habeas corpus: admissibilidade: decisão judicial que, no curso do inquérito policial, autoriza quebra de sigilo bancário.

Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o **habeas corpus**, dado que de um ou outro possa advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o qual se volta a impetração da ordem.

Nessa linha, não é de recusar a idoneidade do **habeas corpus**, seja contra o indeferimento de prova de interesse do réu ou indiciado, seja, o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita: nessa última hipótese, enquadra-se o pedido de **habeas corpus** contra a decisão - alegadamente não fundamentada ou carente de justa causa - que autoriza a quebra do sigilo bancário do paciente."

3. Na fundamentação do acórdão - depois de recordar precedentes do Tribunal na demarcação, nem sempre fácil dos âmbitos do **habeas corpus** e do mandado de segurança - diferenciei o caso

daquele do qual, por votação majoritária, não conhecera o Plenário, porque impetrado contra requisição por CPI de registros telefônicos (HC 75232, 07.05.97, red. ac. Maurício, Inf. STF 70):

"Cuidava-se, porém - o ponto se me afigura relevante - de inquérito parlamentar.

Ao contrário, se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, o Tribunal tende a admitir o **habeas corpus** dado que de um ou de outro possa resultar condenação a pena privativa de liberdade, posto que não iminente, cuja aplicação, no entanto, poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra a qual se volta a impetração da ordem.

Assim é que não se controverte sobre o cabimento do **habeas corpus** contra a simples instauração de inquérito policial por fato que se pretende atípico (v.g., HC 67.039, 31.10.89, Moreira; HC 68.348, 20.3.91, Passarinho) ou, como é corriqueiro, contra o recebimento da denúncia; ou para questionar a competência da Justiça ou do Juízo onde corra o processo (HC 75.578, 2ª T., Corrêa, Informativo STF 94; HC 77.993, 1ª T, Pertence, 9.3.99).

Nessa linha - que não vacilo em trilhar - não parece ser de recusar a idoneidade do **habeas corpus**, seja contra o indeferimento de prova do interesse do réu ou indiciado, seja contra o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita."

4. Posteriormente, o Plenário não teve dúvidas em conhecer de **habeas corpus** contra despacho do relator de processo penal originário de competência do Tribunal, que decretara a quebra do sigilo bancário do denunciado (HC 80100, Pl, Gallotti, 24.05.00, DJ 08.09.00).

5. Ora, se cabe o **habeas corpus** para impedir por ilicitude a realização da prova ordenada, no curso do processo como no do inquérito, dispenso-me da demonstração de sua admissibilidade - quiçá com maior razão - para questionar a licitude da prova já realizada e pleitear o seu desentranhamento.



6. Recentemente, aliás, a Turma - malgrado não me acompanhasse o voto que trancava o processo por inextrincavelmente baseada a denúncia em provas oriundas de busca e apreensão ilegal - concedeu parcialmente a ordem para determinar fossem elas retiradas dos autos do processo (HC 80420, 1ª T, 28.06.01, Ellen Gracie, Inf. STF 234).

7. Recorda, aliás, Magalhães Gomes F^o (1), que a solução tem expressa previsão legal no art. 375 C. Pr. Pen. Militar, que - depois de prescrever a inadmissibilidade em juízo da "correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos" - ordena seja ela "desentranhada dos autos, se tiver sido junta": é dispositivo que se pode estender por analogia a todo e qualquer registro documental de prova ilícita.

8. Conheço do **habeas corpus** .

II

9. Não ameaçarei a Turma com considerações acadêmicas, malgrado a temática do caso pudesse provocá-las, para quem, como eu, a ela atribui excepcional relevância na efetivação de valores constitucionais eminentes do Estado de Direito Democrático (2).

¹ Antônio Magalhães Gomes Filho - **Direito à Prova no Processo Penal**, ed. RT, 1997, p. 108.

² Para ficar na literatura de língua portuguesa, no tema, já se conta hoje com trabalhos doutrinários de grande valor, aos quais atribuo os créditos das anotações que seguem (v.g., Manuel da Costa Andrade, **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**, Coimbra, Ed. 1992; Ada Grinover - **Liberdades Públicas e Processo Penal**, Saraiva, 1976; **Interceptações telefônicas e gravações clandestinas ...**, em **Novas Tendências de Direito Processual**, For. Univ., 1990, p. 60; **O regime bras. das interceptações telefônicas em A Marcha do Processo**, For. Univ., 2000, p. 1000; J.C Barbosa Moreira - **A Constituição e as Provas ilicitamente obtidas**, RePro., 1996, 84/144; L. Vicente Cernicchiaro - **Interceptação Telefônica**, Direito e Justiça, Correio Braziliense, 9.9.96; Cervini e Luiz Flávio Gomes - **Interceptação Telefônica**, ed. RT, 1997; Luiz Francisco Torquato Avolio, **Provas Ilícitas**, 2ª ed, ed. RT, 1999; Nelson Nery Jr. - Proibição de Prova Ilícita em A. Moraes (coord) - **Os 10 anos da Constituição Federal**, p. 233; Rodrigo Pereira de Mello, **Provas Ilícitas e sua Interpretação Constitucional**, Fabris, 2000; Ricardo Raboneze, **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**, 3ª ed, Síntese, 2000; Adauto Suames, **Provas eticamente inadmissíveis no Proc. Penal**, RBCCrim 31; Antônio Magalhães Gomes F^o - **Direito à Prova no Proc. Penal**, ed RT, 1997, p. 98 ss.



10. Ninguém aqui desconhece a disceptação, ainda insepulta, entre as duas posturas básicas acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas - como tais consideradas as que obtidas com violação de direitos fundamentais.


11. A primeira - por séculos predominante - fiel à velha máxima **male captum bene retentum**: ao juiz só caberia decidir da existência, ou não, do crime e não, de como lhe chegaram - lícita ou ilicitamente - as provas do fato.

12. Se ilicitamente obtidas, que se aplicassem ao responsável pela ilicitude as sanções civis, administrativas ou penais cabíveis.

13. De outro lado, os que - desde as decisões pioneiras da Suprema Corte dos Estados Unidos - partem da unidade da ordem jurídica e da necessidade de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais e negam se possam admitir no processo provas obtidas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir.

14. Pelos últimos, valha por todos a lição, na doutrina alemã, de **Amelung** - colacionada por Costa Andrade (³)- segundo a qual "o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena, se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, 'o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar".

³ Ob. cit., p. 15



15. Testemunham os doutores a prevalência hodierna da tese da proscrição da admissibilidade processual da prova ilícita.

16. Mas a questão, sobretudo nos casos limites, ainda provoca resistências compreensíveis.

17. E delas advém - quando não a recusa frontal do princípio de exclusão da prova ilícita - o apelo, sempre que se cuide da apuração de crimes graves, à necessidade de temperar a sua aplicação, em cada caso, à luz do princípio da proporcionalidade.

18. Apelo esse freqüentemente enriquecido com a invocação de parte significativa da doutrina e da jurisprudência alemãs, minudentemente resenhadas por Costa Andrade ⁽⁴⁾.

19. Na questão, entretanto - como em tantas outras - a recepção desavisada de teorias jurídicas estrangeiras é extremamente perigosa, pela diversidade dos dados dogmáticos de que partem, em relação ao nosso ordenamento.

20. Basta notar que, na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional específica mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluídos da Lei Fundamental, a exemplo daquele da dignidade da pessoa humana.

21. Na ordem constitucional brasileira, ao contrário - inspirada no ponto pelo art. 32, 6, da Constituição portuguesa -, a opção pelo repúdio à prova ilícita é inequívoca:

"Art. 5º (...)
LVI. São inadmissíveis no processo as provas
obtidas por meios ilícitos."

⁴ Manuel da Costa Andrade, ob. cit., **passim**.

22. Guarda da Constituição - e não dos presídios - é dessa opção clara, inequívoca, eloqüente, da Constituição - da fidelidade à qual advém a nossa própria legitimidade - é que há de partir o Supremo Tribunal Federal.

23. Ora, até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência ⁽⁵⁾.

24. Esse o quadro constitucional, não tem mais lugar a nostalgia, embora inconsciente, do dogma vetusto das inquisições medievais, para as quais "*in atrocissimus leviores conjecturae sufficiunt et licent judiciura transgredi*".

25. Certo, a Constituição reservou a determinados crimes particular severidade repressiva (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

26. Mas, como observa Magalhães Gomes Filho ⁽⁶⁾, por sua natureza, as restrições que estabelecem são taxativas: delas, não se podem inferir, portanto, exceções a garantia constitucional - qual, a da vedação da prova ilícita -, estabelecida sem limitações em função da gravidade do crime investigado.

27. De resto, graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria instituir a sistemática violação de outra garantia constitucional - a presunção de inocência - em relação a quantos

⁵ Luís Roberto Barroso - *CPI ...*, RF 335/165.

⁶ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à Prova*, p. 105

fossem acusados ou meramente suspeitos da prática de determinados crimes (7).

28. Abstraio-me, por conseguinte, no caso, de qualquer consideração da extrema gravidade dos delitos, da participação nos quais é suspeito o paciente, pois delas não pode resultar emprestar-se menor peso à vedação constitucional da prova ilícita.

29. Não obstante haver tido por necessária a explicitação dessas premissas do meu voto, espero que o caso não nos obrigue a repisar polêmicas ainda vivas em torno da delimitação de zonas cinzentas na temática da inadmissibilidade no processo da prova ilícita (cujo exemplo mais patente gira em torno da contaminação das que dela sejam derivadas: depois da acidentada decisão do HC 69912 (DJ 26.11.93), a tese dos "*fruits of the poisonous tree*", acolhida por 5 votos contra 4 no HC 73351, Pl, 10.05.96, **Galvão**, (RTJ 168/543) foi afinal afirmada pela maioria absoluta mínima do STF, no HC 72588, 12.06.96, **Corrêa** (DJ 04.08.00); mas não desconheço as oscilações ulteriores na aplicação da tese por ambas as Turmas.

30. O caso, a meu ver, não reclama o mergulho em águas tão revoltas.

III

31. Começo a análise do pedido pela transcrição do que a autoridade policial denomina de "*conversa informal na sede desta DRE, gravada em fita K7*", na qual o paciente teria revelado o **modus operandi** da quadrilha da qual faria parte e revelado os seus projetos imediatos (leio, f. 84, sem transcrição no voto escrito).

32. Pareceu aos julgados das instâncias precedentes - incluído o acórdão do STJ - que, para desmentir o consentimento do

⁷ Antônio Magalhães Gomes Fº, ob. cit., p. 105



paciente na gravação, seria necessário um exame de provas, que o **habeas corpus** não comporta.

33. Assim não me parece.

34. Há evidências documentais de que a autorização do paciente não existiu, ou, se existiu, não tem valia.

35. Primeiro, é a autoridade policial mesma - na representação ao Juiz pela prisão temporária dos suspeitos - que confessa estar o paciente preso, sem flagrante nem ordem judicial, quando da conversa gravada - f. 84:

"...segundo **Ana Cristina**, ela teria um encontro hoje, às 14:00 horas, na estação de Copacabana do **metrô**.

Assim sendo, policiais desta unidade rumaram para aquela unidade logrando êxito em deter "Chico", conduzindo-o a esta Delegacia".

36. Já decidiu esta Turma que confissão sob prisão ilegal é prova ilícita e inválida a condenação nela fundada (HC 70277, 1ª T, 14.12.93, **Pertence**, RTJ 154/58; Lex 187/295).

37. **A fortiori**, a confissão que se colha em "conversa informal" do ilegalmente detido com policiais, sem forma nem figura de interrogatório.

38. Há mais, porém. A afirmação do assentimento do paciente à gravação - que surge apenas no processo de **habeas corpus** -, é previamente desmentida pelo relatório do Detetive interlocutor da "conversa informal", que o Delegado encaminhara ao Juiz, quando requereu a prisão temporariamente.

39. Leio - f. 87:



Supremo Tribunal Federal

"que, em conversa informal, confidenciou-nos (...). Tais esclarecimentos constam de fita gravada nesta sede, haja vista que o mesmo se nega a prestar tais esclarecimentos oficialmente."

40. Depois disso - como está no acórdão do STF - emprestar "fé pública" às informações da autoridade policial, quando já requerido o **habeas corpus**, com todas as vênias, é abrir o flanco para o mais escancarado desrespeito à Justiça ...

41. Não tenho dúvidas em considerar inequivocamente provadas tais circunstâncias de fato, assim, susceptíveis de embasar o juízo do **habeas corpus**.

42. Entretanto, é possível prescindir de tais fatos evidentes sem prejudicar a declaração da ilicitude da prova resultante dessa gravação de "conversa informal", na Delegacia, entre indiciado e agentes policiais.

43. Regulando o inquérito, dispõe o C. Pr. Pen. que, entre outras diligências de investigação, deve a autoridade que o dirija "ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII deste Livro" - é dizer, das regras que disciplinam o interrogatório do acusado pelo Juiz (arts. 185 ss) - "devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura".

44. São requisitos do interrogatório policial, da ausência dos quais pode decorrer a nulidade do ato e a conseqüente desconsideração dos elementos informativos nele colhidos, se invocados pela acusação: é o que Ada Grinover ⁽⁸⁾ - na senda de Nuvolone ⁽⁹⁾ - chama "prova ilegítima" - a tomada com inobservância

⁸ Ada Pellegrini Grinover - **Liberdades Públicas e Processo Penal**, Saraiva, 1976, p. 126

⁹ Pietro Nuvolone - **Le prove vietate...**, Riv. Dir., proc. 1966, p. 448.



de imperativos ou vedações processuais, para distingui-la da prova ilícita.

45. O interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado - e menos ainda para validar eventual confissão nelas contida -, o registro, gravado ou não, de "*conversa informal*" dele com policiais.

46. A Constituição, no entanto, aditou outra exigência essencial à valoração no processo de declarações do indiciado ou do réu, ao erigir, como garantia fundamental do acusado:

"Art. 5º (...)
LXIII. o preso será informado de seus direitos,
entre os quais o de permanecer calado..."

47. Elevando aí o **nemo tenetur se detegere** à alçada de garantia fundamental - além da inconstitucionalidade superveniente, consensualmente admitida, da parte final do art. 186 C.Pr.Pen ⁽¹⁰⁾ -, a Constituição - na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos **Escobedo vs Illinois** (378 U.S. 478 (1964) e **Miranda vs Arizona** (384 U.S. 436 (1969) -, impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência ao interrogado de seu **privilégio contra a auto-incriminação**.

48. A falta da advertência - e, como é óbvio, da sua **documentação formal** - faz **ilícita** a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório.

¹⁰ Art. 186. "Antes de iniciar o interrogatório, o juiz **observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa**".



49. Acentuou, por isso, Ada Grinover ⁽¹¹⁾ que "o interrogatório sub-receptício do indiciado ou acusado, clandestinamente gravado, constitui inequivocamente prova ilicitamente obtida, não só em face dos princípios gerais (...), mais ainda por contrariar frontalmente as regras de advertência quanto ao direito ao silêncio ..."

50. Mas a clandestinidade da gravação a que alude a mestra insigne no contexto de trabalho dedicado às gravações clandestinas - se a torna indiscutível - e a tenho como presente no caso - não é essencial à ilicitude da prova advinda do "interrogatório sub-reptício": à luz da garantia do art. 5º, LXIII, basta, à caracterização da ilicitude da prova, a manifesta ausência da advertência do **direito a ficar calado**, que a Constituição ordena.

51. Certo, a Turma já se ocupou da alegação de ilicitude da gravação ambiental de conversação entre indiciados e policiais e denegou, em 03.11.92, o HC 69.818, de que fui relator: cuidava-se, porém, de impetração em favor de co-réu delatado pelos participantes da conversa gravada. Donde, a ementa - RTJ 148/213:

"I - Prova obtida por meios ilícitos: invocação do artigo 5º, LVI da Constituição: improcedência: precedentes inaplicáveis.

1. À espécie - gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheciam - não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas - base dos precedentes recordados - mas, em tese, o direito ao silêncio (CF, artigo 5º, LXIII), corolário do princípio nemo tenetur se detegere, o qual entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus; acresce que, no caso, à luz da prova, a sentença concluiu que os indiciados estavam cientes da gravação e afastou a hipótese de coação psicológica."

¹¹ As interceptações telefônicas e gravações clandestinas no Processo Penal em As Novas Tendências do Dir. Processual, For. Univ, 1990, p. 60, 67.

52. É, com efeito, da teoria dos privilégios, conforme a construção dos tribunais norte-americanos - entre os quais se situa o "*privilege against self-incrimination*" da V Emenda - que só o titular o possa invocar e não, terceiros. ⁽¹²⁾

53. No caso, ao contrário, a gravação documenta confissões incriminatórias do próprio interlocutor.

54. De deferir, pois o desentranhamento do K-7 que contém a gravação da dita "*Conversa informal*", assim como a parte do laudo pericial que registra a sua transcrição.


IV

55. O mesmo laudo pericial inclui a transcrição de outro diálogo: o que se teria travado, por telefone, entre o paciente e o indigitado chefe da quadrilha investigada.

56. Das circunstâncias desse telefonema já se deu conta pormenorizada no relatório: no mesmo dia da sua detenção e condução à Delegacia e da "*conversa informal*" lá entabulada, o paciente - que, durante ela se teria disposto a isso - foi levado a um telefone público, do qual ligou para o seu suspeitado comparsa, no estrangeiro, e com ele teria mantido diálogo sobre negócios criminosos, o qual foi gravado pelos policiais que o acompanhavam.

57. Da participação ativa do paciente no fato, pretendeu o acórdão do STJ, ora questionado, configurasse o episódio a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, que, afirma, a jurisprudência daquele Tribunal considera "*lícita como prova no processo penal*".

¹² Antônio Magalhães Gomes Filho, ob, cit, p. 100, nota 27.



58. No Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude, (à qual é certo, em termos, já me filiei): a hipótese de **gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor**, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (assim, **v.g.**, no **Caso Collor**, Apn 307, Galvão, RTJ 162/3, (ementa, 1.1) e p. 33ss), ora, considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa do outro (**v.g.**, HC 74.678, 1ª T, **Moreira**, 10.06.97, e EDHC 74.678, 1ª T, **Moreira**, 02.09.97, Inf. STF 75; RE 212.081, 1ª T., **Gallotti**, 5.12.97, DJ 27.03.98; HC 74.356, 1ª T, **Gallotti**, 10.12.96, RTJ 165/934; HC 69.204, 2ª T, **Velloso**, 26.05.92, RTJ 144/213 e HC 75.338, Pl, **Jobim**, 11.03.98, RTJ 167/206).

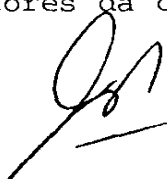
59. A referência a tais precedentes, no entanto, tem sabor de mera informação, pois sem pertinência à espécie.

60. É impossível, **data venia**, a identificação, para fins de tratamento jurídico, entre a **gravação de conversa própria**, de um lado, e a **escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia**, ainda quando a possibilite ou nela consinta um dos sujeitos do diálogo.

61. A distinção - assente na doutrina () - é irrecusável.

62. No juízo sobre a licitude da primeira - a gravação de conversa **própria** - simplesmente não se põe a questão da incidência da garantia do sigilo da comunicação telefônica (CF, art. 5ª, XII), que reclama ciência do seu conteúdo por terceiro.

63. Por isso, sói afirmar-se - em si mesma, tão lícita quanto o arquivamento de uma carta missiva - é a divulgação por um dos interlocutores da conversa mantida com alguém que pode pôr em cheque



direitos fundamentais do outro, de modo especial, os atinentes à honra, à privacidade ou à intimidade (CF, art. 5º, X). ⁽¹³⁾

64. De todo diverso é o regime constitucional da captação e eventual gravação por terceiro - simultaneamente ao seu desenrolar - da conversa telefônica **alheia**, ainda que ciente ou até cooperador um dos participantes dela.

65. Aqui, rege a situação a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas.

66. Com efeito, é consensual entre os doutores - salvo, entre nós, a respeitável, mas solitária posição de Greco Filho ⁽¹⁴⁾ - que - embora tecnicamente dela se possa diferenciar - a **escuta** por terceiro se compreende, para fins de direito, no âmbito do conceito de **interceptação telefônica** e, como tal, o seu registro só se admitirá como prova se, para realização dela, houve prévia autorização judicial, conforme a lei que hoje a disciplina (L. 9.296/96).

67. *"A partir del concepto general" elucidada Raúl Cervini ⁽¹⁵⁾ - "debe subrayarse que la comunicación constitucionalmente relevante es antes que nada un proceso (...), que queda protegido por el ordenamiento jurídico frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso, incluso el conocimiento por tercero de su contenido."*

¹³ v.g., Ada P. Grinover - **O regime brasileiro**, cit., p. 103; Luiz Flávio Gomes, in Cervini e Gomes, ob. cit., p. 106.

¹⁴ Vicente Greco Filho - **Interceptação Telefônica**, Saraiva, 1996, p. 5.

¹⁵ Raúl Cervini e Luiz Flávio Gomes - **Interceptação telefônica - L. 9.296/96**, ed. RT, 1997, p. 35.



68. Eloqüente a lição de Ada Grinover ⁽¹⁶⁾, que, a respeito do art. 1º da L. 9.296/96, acentua, para demarcar a "interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza", objeto da lei, que "somente a 'terzietà', referida pela doutrina italiana, é capaz de caracterizar a interceptação".

69. E - depois de recordar, para mostrar a adequação do critério da "terceiridade" - à lei brasileira, o art. 151, § 1º, II e III, C.Pen, que, na tipificação das violações de comunicações ali incriminadas, alude à "conversação telefônica entre **outras pessoas**" -, conclui ser "irrelevante indagar a respeito da existência do conhecimento e consentimento de um dos interlocutores."

70. "É possível" - explica - "que nenhum deles esteja a par da operação técnica, ou que consinta com ela", mas, malgrado a diferença conceitual acentuada pela doutrina entre "**interceptação**", no primeiro caso, e "**escuta telefônica**", no outro, "em ambos os casos a 'terzietà' está presente, e tratar-se-á de interceptação, subsumível à lei", diferentemente, acentua, da "gravação de conversa telefônica própria".

71. Se, assim, é a captação por **terceiro** - intervindo no processo do telefonema em curso -, conteúdo da comunicação que distingue a interceptação vedada, não há porque excluir da proteção constitucional a **escuta**, apenas porque um dos sujeitos da conversação esteja ciente da sua captação por outrem e, eventualmente, de sua gravação.

72. É patente - para o interlocutor insciente da intromissão de terceiro na recepção da mensagem que pretende dirigida apenas ao interlocutor de seu telefonema -, a afronta à garantia constitucional do sigilo de sua comunicação telefônica.

¹⁶ Ada P. Grinover: **O regime brasileiro**, cit, p. 103.

73. E aí não importa indagar do conteúdo captado por terceiro da mensagem telefônica da parte insciente da escuta, equiparada a essa à interceptação.

74. "Por el contrario" - nota Cervini, ⁽¹⁷⁾ em passagem extremamente significativa - "el secreto de las comunicaciones aparece en las Constituciones modernas - e incluso se infiere en la de Brasil - com uma construcción rigurosamente formal. No se dispensa el secreto en virtude del contenido de la comunicación, ni tiene nada que ver su protección con el hecho - a estos efectos jurídicamente indiferente - de que lo comunicado se inscriba o no en el ámbito de la privacidad. Para la Carta Fundamental, toda comunicación es secreta, como expresión trascendente de la libertad, aunque sólo algunas de ellas pueden catalogarse de privadas".

75. Cita, a respeito, o mestre uruguaio, preciosa sentença do Tribunal Constitucional da Espanha ⁽¹⁸⁾, na qual se notou que, só desvinculando o direito ao sigilo das comunicações da questão substantiva do conteúdo da comunicação, "é que se pode evitar cair na inaceitável aleatoriedade em seu reconhecimento, que resultaria da confusão entre esse direito e o que protege a intimidade das pessoas".

76. De certo, é de replicar-se que essas considerações são impertinentes a este **habeas corpus**, onde quem impugna a licitude da prova resultante da gravação do telefonema não é o receptor da ligação, insciente da trama, mas o paciente, que nela teve participação ativa e, portanto, nela teria aquiescido.

77. Em princípio, correta a objeção, que tem por si a observação, sempre lúcida, de Luiz Flávio Gomes ⁽¹⁹⁾.

¹⁷ Raúl Cervini e Luiz Flávio Gomes, ob, cit., p. 33.

¹⁸ Tribunal Constitucional Espanhol, sent. 114/1984

¹⁹ Raúl Cervini e Luiz Flávio Gomes, ob. cit, 105

78. Na espécie, contudo, é preciso ter em conta a medida em que caiba dar relevo à participação do paciente no evento.

79. De logo, reafirmo a convicção de que, no dia do telefonema, o paciente estava **ilegalmente** preso: reporto-me ao que demonstrado no capítulo anterior deste voto, com referência à "conversa informal", que precedeu e no curso da qual se teria comprometido ele ao telefonema para o comparsa delatado.

80. Para mim, é quanto basta para duvidar da existência e, de qualquer modo, negar validade jurídica ao seu aparente assentimento na empreitada de captação das mensagens do seu suspeitado comparsa e chefe na organização criminosa.

81. De outra banda - sendo inequívoca a ilicitude do registro da conversa, em relação ao co-indiciado alcançado no exterior - e insciente de cuidar-se de uma manobra policial - resta indagar até que ponto o mesmo elemento de informação seria lícito como prova contra quem, como o paciente, dela tivesse participado.

82. Ao meu ver, há que distinguir duas situações diversas.

83. A **primeira** é aquela em que os fatos revelados no diálogo captado pelo terceiro incrimina apenas um dos dois interlocutores, seja ele o ciente ou o insciente da escuta ou, comprometendo a ambos, diz respeito a condutas independentes de cada um deles.

84. Então, a ilicitude da prova se restringe àquele dos partícipes do diálogo cujo direito ao sigilo da comunicação foi quebrado com a escuta.



85. Aí, sim, tem plena aplicação a observação de Luiz Flávio Gomes (20), de que na **interceptação** em sentido estrito - aquela que se "concretiza sem que nenhum dos comunicadores tenha conhecimento da captação por terceiro - a ofensa do direito ao sigilo alcança os dois, ao passo que, na **escuta telefônica**, um dos comunicadores sabe da captação e aí, conclui, a ofensa acontece apenas contra o outro.

86. Pode acontecer, porém - é a segunda situação a que me referi - que, no fato ou fatos cuja prova se obtenha mediante a escuta, a participação de ambos os sujeitos da comunicação seja incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal probando.

87. Pense-se no adultério, para a prova do qual o amante se disponha a colaborar com o marido, mediante telefonema, gravado por esse, à mulher, que nele confesse a relação adúltera.

88. O mesmo sucede, no caso, com a quadrilha - objeto principal do inquérito a que respondem o paciente e o seu interlocutor no telefonema internacional gravado: estou em que, esse o quadro, a incindibilidade das participações individuais no fato único implica a incindibilidade da ilicitude da prova, ainda quando se pudesse reputar livre a cooperação do paciente na escuta do seu próprio telefonema para o comparsa.

89. A mim, contudo, vale repisar, basta-me estar o paciente ilegalmente preso, na ocasião, para subtrair qualquer efeito à sua participação na escuta telefônica não autorizada e, conseqüentemente, para estender-lhe a ilicitude da prova, que, portanto também deve ser excluída dos autos.

v



²⁰ Cervini e Gomes, ob. cit., p. 95

90. Da ilicitude das gravações e transcrições decorre imediatamente - e não por contaminação - a do relatório escrito de um (f. 86-88) e as declarações reduzidas a termo de outro dos policiais que participaram tanto da "conversa informal", quanto da escuta telefônica e que se referem ao conteúdo de ambas as operações ilegais.

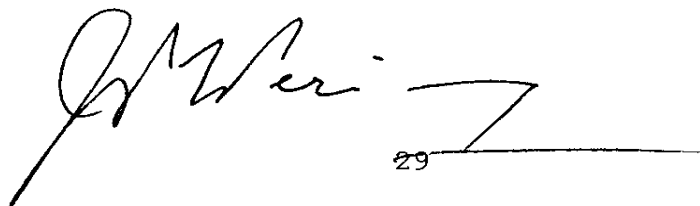
91. Há, por fim, um pedido genérico de que se declarem imprestáveis todas as peças decorrentes das gravações ilícitas e das informações nelas colhidas.

92. Nesse ponto, a impetração é inatendível, seja pela imprecisão do seu objeto, seja pelo estágio de procedimento, ainda em curso o inquérito policial.

93. Só a partir de eventual denúncia ou sentença condenatória e do aproveitamento relevante numa ou noutra de elementos derivados das provas ilícitas é que poderá reacender-se oportunamente a questão dos **fruits of the poisonous tree**

VI

94. De tudo, Sr. Presidente, - com escusas compungidas pela extensão do voto - defiro parcialmente o **habeas corpus** para declarar a ilicitude e determinar o desentranhamento dos autos do inquérito das duas fitas K-7 e do laudo pericial de 04.04.99, que as transcreve; da informação do Detetive Franklin Miranda Monteiro ao Delegado titular da Delegacia de Repressão a Entorpecentes, datada de 25.02.99, e do termo de declarações do Detetive Paulo Roberto Rodrigues, de 04.03.99: é o meu voto.



29

30/10/2001

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 80.949-9 RIO DE JANEIRO

V O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Sr. Presidente, o eminente Relator esclareceu que a prisão à qual foi submetido o paciente era - naquele momento da gravação dessa conversa informal e das gravações realizadas sobre telefonemas que fez a outro comparsa no exterior - ilegal, ilícita. Para mim, esse fato tisna ambas as gravações que, conseqüentemente, não podem ser consideradas no conjunto probatório.

Acompanho o Relator para também determinar o seu desentranhamento.



Supremo Tribunal Federal

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 80.949-9

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACTE. : FRANCISCO AGATHOS TRIVELAS

IMPRES. : FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Fernando Augusto Fernandes. 1ª. Turma, 30.10.2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.


Ricardo Dias Duarte
p/Coordenador